

LA MAYORIA REQUERIDA PARA LA APROBACION DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO ENTRE REPUBLICA DOMINICANA, CENTROAMÉRICA Y LOS ESTADOS UNIDOS

Rubén Hernández Valle¹

SUMARIO

I. Aspectos generales sobre la aprobación de los tratados en nuestro ordenamiento jurídico II. La tesis de que el TLC requiere ser aprobado por una mayoría calificada de 43 votos III. La tesis de que el TLC requiere ser aprobado por una mayoría calificada de 38 votos A. El TLC le impone a Costa Rica un arbitraje obligatorio B. Que el TLC crea órganos supranacionales C. Supeditación de la voluntad estatal a la decisión de otros Estados partes D. Que el TLC introduce limitaciones a la propiedad privada IV. La mayoría exigida constitucionalmente para la aprobación del TLC

I. Aspectos generales sobre la aprobación de los tratados en nuestro ordenamiento jurídico

1.- Hay una distinción jurídica fundamental que quienes pregonan porque el Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos (en adelante "TLC") sea aprobado mediante una mayoría calificada no toman en cuenta. Estas personas no diferencian entre el procedimiento de aprobación del tratado y las posibles cláusulas inconstitucionales que contiene. En otros términos, confunden el procedimiento de aprobación (mayoría requerida constitucional y reglamentariamente para su aprobación) con las posibles inconstitucionalidades de algunas cláusulas del tratado.

2.- Los requisitos de aprobación de los tratados son materia procedimental y no sustantiva. En tratándose de **materia procedimental, los requisitos están tasados y no se pueden extender por vía de interpretación extensiva ni analógica**. De lo contrario se violaría el principio constitucional de seguridad jurídica, así como el de legalidad.

3.- La seguridad jurídica se asienta sobre el concepto de predictibilidad, es decir, que cada uno sepa de antemano las consecuencias jurídicas de sus propios comportamientos. Como afirman los ingleses "**legal security means protection of confidence (Marshall)**".

4.- Dentro de este orden de ideas, el Tribunal Constitucional español lo ha configurado como "suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad, pero que, sin agotarse en la adición de estos principios, no hubiera precisado de ser formulado expresamente. La seguridad jurídica es la suma de estos principios, equilibrada de tal suerte que permita promover, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad en libertad "(**Voto 27- 81**)).

¹ Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Costa Rica. Abogado socio del Bufete Gutiérrez, Hernández y Pauly.

5.- La seguridad garantiza la confianza que los ciudadanos pueden tener en la observancia y el respeto de las situaciones derivadas de la aplicación de normas válidas y vigentes. Por ello, como dice el Tribunal Constitucional español “Entendido en su sentido más amplio, la seguridad jurídica supone la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho” (**Voto 36-1991**).

6.- Por tanto, **la materia procedimental es siempre tasada y su normativa no puede ser variada por vía de interpretación, dado que ello atenta contra el principio constitucional de seguridad jurídica**, pues la ampliación o extensión de requisitos procedimentales a hipótesis no previstas expresamente por el ordenamiento, implican una clara violación de los principios de certeza, legalidad y de interdicción de la arbitrariedad., que constituyen los contenidos esenciales de dicho principio constitucional, según la citada jurisprudencia del máximo intérprete de la Constitución española.

7.- El artículo 121 inciso 4) en relación con el 119 CP prevén expresamente las hipótesis en que se requiere mayoría calificada para la aprobación de los tratados internacionales, la cual se circunscribe a una sola: **cuando el tratado transfiera competencias a órganos comunitarios para la realización de objetivos regionales y comunes**.

8.- Pero, además, en los casos en que el constituyente quiso extender las excepciones a la regla general, siempre lo hizo de manera expresa. Verbigracia, el propio artículo 119 de la CP señala que las resoluciones de la Asamblea se toman por mayoría absoluta, **EXCEPTO EN LOS CASOS EN QUE ESTE CONSTITUCION EXIJA UNA VOTACION MAYOR**.

9.- En el caso del artículo 121 inciso 4) de la CP se estableció, de manera taxativa, la única excepción a la regla general de que los tratados se aprueban por mayoría absoluta de votos. Esa excepción no puede ser interpretada de manera extensiva ni analógica.

10.- Los conceptos de ordenamiento comunitario y la realización de objetivos regionales y comunes será desarrollada con detalle en el próximo acápite. Allí veremos que tal concepto tiene un sentido unívoco y no polivalente como erróneamente lo entendió la Sala Constitucional.

11.- Por tanto, dicha excepción a la regla de la mayoría absoluta debe interpretarse restrictivamente en aplicación del principio constitucional de seguridad jurídica.

12.- Si el TLC contiene cláusulas que supuestamente violan la CP, **tales violaciones no inciden sobre la mayoría requerida para su aprobación, pues los requisitos al efecto están señalados expresamente por los artículos 121 inciso 4) y 119 de la CP**.

13.- Si existieren roces constitucionales, la Sala Constitucional tendría que armonizar esas cláusulas con el Derecho de la Constitución, según lo señalan los artículos 1 y 2 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, mediante una interpretación conforme con la Constitución. Caso de que ello no fuere posible, indicaría la incompatibilidad constitucional y sugeriría al Poder Ejecutivo su renegociación o alternativamente

sugeriría a la Comisión sobre Consultas de Constitucionalidad de la Asamblea Legislativa la inclusión de cláusulas interpretativas que armonicen las inconstitucionalidades detectadas con el Derecho de la Constitución.

II. La tesis de que el TLC requiere ser aprobado por una mayoría calificada de 43 votos

1.- *El artículo 7 de la CP establece que los tratados “referentes a la integridad territorial o a la organización política del país, requerirán la aprobación de la Asamblea Legislativa por votación no menor de las tres cuartas partes de sus miembros, y la de dos tercios de los miembros de una Asamblea Constituyente al efecto”.*

2.- *Algunos abogados han sostenido públicamente que el TLC requiere ser aprobado mediante la mayoría indicada en la norma precitada, por cuanto el TLC supuestamente afecta el territorio nacional, ya que la definición del territorio costarricense incluida en el Capítulo II, Anexo 2.1 del TLC excluye la Isla del Coco, con las implicaciones que ese hecho apareja en cuanto a la extensión del mar territorial y a la zona económica exclusiva a partir de esa porción del territorio nacional que constituye esa isla.*

3.- El Anexo 2.1 remite a la legislación nacional para la definición de territorio y obviamente la Isla del Coco forma parte del mismo. Esta norma debe verse en conjunción con las disposiciones relativas al rango jurídico de los anexos (capítulo 22) y las de criterios para el otorgamiento de origen de los bienes (capítulo 4), en donde se define claramente que el territorio costarricense es el que fija la legislación nacional.

4.- Por tanto, tales conclusiones son jurídicamente erradas, por cuanto la citada cláusula del TLC no modifica la integridad territorial de nuestro Estado, **sino que se limita a definir lo que se entiende por territorio costarricense para efectos exclusivamente de aplicación del tratado. En todo caso, la Isla del Coco está incluida como parte del territorio costarricense dentro del TLC, según la relación del Anexo 2.1 y de los anexos (capítulo 22 y el capítulo 4).**

5.- La cláusula en cuestión no lesiona ni limita nuestra soberanía en ninguna forma, pues el TLC no regula el ejercicio de la soberanía de ninguno de los países firmantes, sino que las cláusulas que describen los territorios de cada uno de ellos, tienen como finalidad exclusiva delimitar el ámbito de aplicación de la zona de libre comercio creada a su amparo.

6.- En el caso concreto de los Estados Unidos, por ejemplo, ni siquiera se realiza una definición física de su territorio, sino que se hace desde el punto de vista aduanero, lo que demuestra, sin ningún género de dudas, **que el tratado no regula para nada el ejercicio de la soberanía de los países signatarios.**

7.- Por tanto, no es cierto que al suscribir el TLC Costa Rica haya renunciado a una proporción importante sobre soberanía y jurisdicción que tiene el país a partir de normas superiores a los tratados, que en términos de dimensión física y espacial, nos otorga un territorio aproximadamente diez veces mayor a la territorialidad continental.

8.- En todo caso, cabe recordar que esa norma fue introducida en nuestro ordenamiento jurídico en 1968, con el fin de hacer posible la eventual incorporación de nuestro país a

la República Federal Centroamericana. En efecto, en tal hipótesis, al dejar de ser un país libre e independiente, nuestro territorio pasaría a formar parte de un Estado Federal. Además, nuestra organización política dejaría de ser un Estado unitario independiente para convertirse en uno miembro de un Estado Federal.

9.- Por ello fue que la norma exige una mayoría supercalificada, es decir tres cuartas partes del total de miembros de la Asamblea Legislativa y dos tercios de una Constituyente convocada al efecto, dada la importancia política que tales actos tendrían sobre el pueblo costarricense.

10.- Otras eventuales hipótesis de aplicación de esta norma, sería la transformación de nuestro régimen republicano en monárquico, o la venta o cesión de la Isla del Coco a otro país.

III. La tesis de que el TLC requiere ser aprobado por una mayoría calificada de 38 votos

Los cultores de esta tesis la fundamentan en cuatro razones diferentes, a saber: a) que el TLC le impone al Estado costarricense un arbitraje obligatorio; b) que el TLC crea órganos supranacionales: c.) supeditación de la voluntad estatal a la decisión de otros Estados partes y d) que el TLC introduce limitaciones a la propiedad privada.

A. El TLC le impone a Costa Rica un arbitraje obligatorio

1.- *Quienes sostienen esta tesis, afirman que el TLC prevé la posibilidad de que nuestro país tenga que ir obligatoriamente a un arbitraje cuando lo solicite una empresa o ciudadano norteamericano.*

2.- *Esta cláusula desnaturaliza el arbitraje, pues éste requiere siempre el libre ejercicio y la voluntad de ambas partes, no la imposición de una sola de ellas.*

3.- *Además, las cláusulas 10.18.3 y 10.20.8 del TLC establecen la posibilidad de que dicho tribunal pueda dictar medidas cautelares que son de acatamiento obligatorio para nuestros órganos administrativos y tribunales de justicia. Es decir, el TLC autoriza una supeditación de nuestros tribunales y órganos administrativos a un tribunal arbitral internacional.*

4.- *Con ello se le quita la competencia otorgada constitucionalmente a nuestros tribunales de dirimir los conflictos surgidos en nuestro territorio, independientemente de las partes involucradas.*

5.- *De tales premisas, concluyen que es abiertamente inconstitucional transferir potestades jurisdiccionales a un órgano supranacional. En consecuencia, el TLC debe ser aprobado por una mayoría calificada de dos tercios del total de miembros de la Asamblea Legislativa por exigencias del artículo 121 inciso 4) de la CP.*

6.- *Para arribar a tales conclusiones, los defensores de esta tesis se fundan en una lamentable sentencia de la Sala Constitucional, que sostuvo erradamente desde el punto de vista jurídico como veremos infra, que el artículo 121 inciso 4) debía*

interpretarse en forma extensiva en el sentido de entender que el término “ordenamiento comunitario” no se refería exclusivamente al ordenamiento comunitario centroamericano como la voluntad inequívoca del constituyente en 1968, como consta en el expediente legislativo en que se tramitó la correspondiente reforma constitucional, sino que “en el contexto del Derecho de la Constitución la norma transcrita (el artículo 121 inciso 4) CP) tiene el claro propósito de agravar el procedimiento de aprobación de tratados internacionales, cuando en ellos se atribuyan a organismos extraestatales competencias públicas que de otro modo corresponden al Estado costarricense en ejercicio de su soberanía..b) Lo anterior obliga a reconocer a la expresión “ordenamiento comunitario”, aunque no feliz, sólo adquiere sentido, en el contexto de ese inciso, si se entiende por “comunitaria” aquella normativa que, aunque creada mediante fuentes típicas del Derecho de Gentes, como son los tratados, en realidad tiene un carácter “supranacional” en cuanto es capaz de imponer a los Estados Partes obligaciones, deberes, cargas o limitaciones más allá de las pactadas y aun contra su voluntad...En consecuencia, la Sala considera que el autorizar el sometimiento a procedimientos de arbitraje internacional, de cuestiones que de otro modo se ubicarían en sede del Derecho interno, y de los tribunales nacionales—judiciales o arbitrales da lo mismo—el Convenio consultado requiere para su aprobación la mayoría calificada prevista por el párrafo 2 inciso 4 del artículo 121 de la Constitución “ (Voto I079-93 y en el mismo sentido el 7006-02).

7.- La Sala Constitucional incurrió en el caso de la jurisprudencia antes reseñada en una clara violación de su competencia, pues **mediante una interpretación errónea modificó el texto del artículo 121 inciso 4) de la Constitución para incluir dentro de la excepción contemplada en su segundo párrafo, a todos los órganos supranacionales y no sólo como dice aquella, a los órganos comunitarios, que son una subespecie de los primeros.**

8.- La actividad de la Sala Constitucional, como la de todo tribunal de justicia, no es de creación sino más bien de aplicación del Derecho. Por tanto, el juez constitucional no puede sustituirse a la voluntad del legislador ni mucho menos a la del constituyente, pues la interpretación constitucional, a pesar de esta condicionada por evidentes componentes políticos, es siempre una interpretación jurídica. Por ello, **los límites de la jurisdicción constitucional están íntimamente relacionados con los límites de la interpretación constitucional.**

9.- Dentro de esta óptica, debe afirmarse que los tribunales constitucionales son una especie de poderes neutros, cuya actividad se limita a sostener la efectividad del sistema constitucional respectivo, lo que implica que no puede cambiarlo ni mucho menos impedir su reforma.

10.- El límite del poder interpretativo de los tribunales constitucionales es un presupuesto de la función racionalizadora y limitadora que le corresponde a la Constitución. Si bien esta función admite la posibilidad de un cambio constitucional por medio de la interpretación, también es cierto que excluye el quebrantamiento constitucional—desviación del texto en el caso concreto—y la reforma de los contenidos materiales de la Constitución por medio de la interpretación. Como dice un autor alemán **“Allí donde el intérprete se impone a la Constitución, deja de interpretarla para cambiarla o quebrantarla” (Hesse).**

11.- Por consiguiente, el principio norteamericano de la “living Constitution” debe entenderse como actualización jurídica del texto constitucional conforme a las coordenadas tiempo y espacio, no como la modificación de sus contenidos materiales, que es una función de naturaleza política y, por tanto, diversa de la función jurídica que compete a los tribunales constitucionales de concretizar el contenido de las normas, principios y valores constitucionales.

12.- En conclusión, los límites del poder interpretador de la Constitución están determinados por la condición de órganos constituidos de los tribunales constitucionales, lo que les impide reformar aquella mediante procedimientos diversos de los expresamente autorizados al efecto por el constituyente.

13.- Al contrario de lo dijo la Sala Constitucional, hay que interpretar el segundo párrafo del artículo 121 inciso 4) en forma conjunta y no de manera aislada. En efecto, según el citado texto constitucional, la mayoría calificada de dos tercios del total de miembros de la Asamblea Legislativa sólo se requiere cuando el **tratado traslade competencias a un órgano comunitario con el fin de cumplir objetivos regionales y comunes.**

14.- En el caso del TLC no se trasladan competencias a ningún órgano comunitario, ni se trata del cumplimiento de objetivos regionales y comunes. Esta distinción es jurídicamente relevante, por cuanto la exigencia de los dos tercios del total de miembros de la Asamblea Legislativa sólo se requiere cuando se produzcan concomitantemente las dos condiciones señaladas por el artículo 121 inciso 4), a saber: a) que se trasladen competencias a un órgano comunitario y b) que tal traslado se haga con la finalidad exclusiva de cumplir objetivos regionales y comunes.

15.- Por tanto, ni aún en la hipótesis—lo cual sólo aceptamos para efectos de argumentación—de que el TLC fuere un “ordenamiento supranacional”, la argumentación de la Sala es falaz, por cuanto interpretó el artículo 121 inciso 4) en forma aislada, sin hacer referencia al segundo elemento que establece dicha norma para que un tratado tenga que ser necesariamente aprobado por una mayoría calificada, es decir, que el órgano encargado del arbitraje obligatorio hubiera sido creado para que **“cumpla objetivos regionales y comunes”**.

16.- La propia jurisprudencia de la Sala Constitucional ha dicho sobre el particular lo siguiente” **La delegación de competencias produce una modificación muy importante al orden jurídico interno. Resulta preciso indicar que ésta delegación encuentra su primer límite en "el propósito de realizar objetivos regionales y comunes", es decir, no podría existir una delegación de competencias para propósitos y objetivos que no sean los que el constituyente ha indicado” (Voto 4638- 96).**

17.- En otros términos, para que proceda la mayoría calificada que exige el párrafo segundo del numeral 121 inciso 4) de la CP se requiere la concurrencia simultánea de los dos supuestos contemplados en ella, por lo que no bastaría con la existencia de uno solo. En el caso del TLC, aún en la errada hipótesis como veremos de inmediato de que el órgano encargado del arbitraje calificare como **“organismo extraestatal o supranacional”**, da lo mismo, la exigencia de la mayoría calificada no procede, pues **dicho órgano no cumple objetivos regionales y comunes.**

18.- Pero, además, el término “**organismos comunitarios**” tiene una connotación jurídica específica y no genérica como erróneamente lo entiende la citada jurisprudencia de la Sala Constitucional, contradiciendo otras sentencias suyas. En efecto, tanto doctrinaria como jurisprudencialmente, el término “organismo comunitario” ha sido definido de manera clara y precisa., distinguiéndolo daramente de los conceptos de “organismo extraestatal” y “organismo supranacional”.

19.- La Sala Constitucional, en el voto precitado, lo definió en los siguientes términos:
“II.- Características del Derecho Comunitario:

Doctrinalmente se le define como un conjunto organizado y estructurado de normas jurídicas, que posee sus propias fuentes, está dotado de órganos y procedimientos adecuados para emitirlos, interpretarlas, aplicarlas y hacerlas valer. En tanto el derecho internacional promueve la cooperación internacional, el Derecho Comunitario promueve la integración de los países involucrados, y por ello se ha dicho **que conforma un nuevo orden jurídico de derecho internacional, caracterizado por su independencia y primacía, características consustanciales de su existencia.**

El derecho comunitario posee una gran penetración en el orden jurídico interno de los Estados miembros, que se manifiesta en la aplicabilidad inmediata, su efecto directo y su primacía. **Y es que la Comunidad constituye un nuevo orden jurídico internacional, en cuyo beneficio los Estados partes han limitado, aunque de manera restringida, sus derechos soberanos.** Del Derecho Comunitario surgen derechos y obligaciones, no sólo para los Estados miembros, sino también para sus ciudadanos. .. Consecuentemente, resulta importante acotar que todas las normas aprobadas en el proceso de integración van constituyendo un auténtico ordenamiento jurídico, que por su naturaleza y los fines que persigue encuadra dentro de lo que se ha definido como Derecho Comunitario” (**Voto 4638-96**).

20.- El más distinguido administrativista italiano de finales del siglo pasado, de grata memoria, lo definió como sigue: “Pero un punto es evidente: la Comunidad constituye un ordenamiento jurídico. En efecto, ella posee una pluralidad de sujetos, tiene una organización y, sobre todo, tiene una normación propia, que no sólo ha alcanzado una dimensión de cierta relevancia sino que además, desde el punto de vista jurídico haya penetrado—según el concepto doctrinal hoy consolidado --- los ordenamientos internos de los Estados singulares. Por lo tanto, aún la más elemental constatación de hecho ofrece a la vista todos los elementos necesarios para que se pueda hablar de un ordenamiento jurídico (**Massimo Severo Giannini, “Aspectos jurídicos de la actividad administrativa en el Mercado Común Europeo y en el Mercado Común Centroamericano”, en Revista de Ciencias Jurídicas número 13, 1969, pagina 15**).

21.- De las citadas definiciones quedan claros los siguientes aspectos: a) los ordenamientos comunitarios conforman un nuevo orden jurídico internacional, en cuyo beneficio los Estados delegan parte de su soberanía para la realización, por parte de ese ordenamiento, de objetivos regionales y comunes; b) los ordenamientos comunitarios son una subespecie de los ordenamientos supranacionales; c) **los órganos comunitarios son órganos supranacionales, pero no todos los órganos supranacionales son comunitarios.**

22.- En consecuencia, el artículo 121 inciso 4) **se refiere exclusivamente al ordenamiento comunitario centroamericano** y no a los ordenamientos supranacionales en general, entre los cuales habría que incluir a las Naciones Unidas, a la OEA y eventualmente al ALCA, etc. La anterior conclusión se deriva no sólo de la interpretación

gramatical y lógica de la norma, sino también de sus antecedentes legislativos. En efecto, la aprobación de la reforma constitucional en 1968 se dio exclusivamente para que nuestro país se pudiera incorporar al Mercado Común Centroamericano y, en consecuencia, se pudieran válidamente transferir algunas competencias del Estado costarricense a favor de los órganos comunitarios creados al amparo de aquél.

23.- De ahí que la tesis de la mayoría de la Sala sea radicalmente equivocada al extender, por vía de interpretación, los alcances del artículo 121 inciso 4) a los ordenamientos supranacionales en general y tomando en cuenta sólo la primera parte de la norma. Dentro de este orden de ideas, el voto salvado del Magistrado Solano Carrera, Presidente de la Sala, es claro al señalar que “Efectivamente en criterio del suscrito, este Convenio no es de aquellos a que se refiere el artículo 121 inciso 4) de la Constitución Política. Y no lo es, **porque no atribuye determinadas competencias a un ordenamiento jurídico comunitario, con el propósito de realizar objetivos comunes**, según lo requiere el numeral de cita. Este instrumento obviamente tiende a relacionarse con la competencia jurisdiccional del Estado. Pero debemos entender que es la propia Constitución Política la que permite que las diferencias entre las personas—sin excluir al Estado—puedan dirimirse mediante arbitraje. **Esta forma de solución de conflictos, entonces, no es propiamente un traslado de competencias, en los términos y en el fondo que contiene el inciso 4) del artículo 121 de la Constitución Política.** La naturaleza del arbitraje y la disponibilidad que las propias partes tienen acerca de la forma en que se realice, así como la integración del respectivo Tribunal, hacen que no calce la hipótesis del Convenio con aquella que el Constituyente decidió debía merecer una aprobación calificada en el seno de la Asamblea Legislativa” (**Voto 1079- 93**).

24.- Por otra parte, es pacíficamente aceptado que un Estado, mediante un tratado internacional, puede autolimitar su soberanía. Dentro de este contexto, por ejemplo, el artículo 105 de la CP, que consagra que la potestad de legislar reside en el pueblo y que la delega por medio sufragio en la Asamblea Legislativa, establece claramente que esa potestad puede ser restringida mediante convenios y tratados internacionales.

25.- Además, existe una inveterada costumbre constitucional en el sentido de que nuestro país ha aceptado, mediante la suscripción de tratados e inclusive de acuerdos ad-hoc, el someter sus diferencias patrimoniales al arbitraje internacional y el aceptar que órganos supranacionales dicten medidas cautelares de acatamiento obligatorio para nuestros órganos administrativos y tribunales de justicia.

26.- Como ejemplos constitutivos de la primera costumbre constitucional se pueden citar, entre otros, varios tratados suscritos con otras naciones en los que los diferendos entre las partes se zanjaron mediante la creación de tribunales arbitrales y el reciente caso del arbitraje con una empresa norteamericana en relación con una expropiación de tierras en la Península de Santa Elena, en la Provincia de Guanacaste.

27.- En los convenios de préstamos con el BID, el BIRF y otros organismos financieros internacionales, nuestro país ha siempre aceptado someter los diferendos que surjan de la ejecución del contrato al arbitraje internacional, sin que nadie nunca haya sugerido que tales cláusulas son inconstitucionales. En los últimos años se han suscrito más de veinte acuerdos, incluyendo catorce acuerdos aprobados sobre promoción y protección recíproca de las inversiones, que contienen tales mecanismos.

28.- Respecto a la segunda praxis constitucional, es decir, que el Estado acepte que resoluciones interlocutorias de órganos supranacionales sean de acatamiento obligatorio en nuestro país, basta con citar el ejemplo de las resoluciones de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos, las cuales son de acatamiento obligatorio en nuestro territorio para todas las autoridades públicas. Recientemente en el caso del periodista Mauricio Herrera contra el Estado, la CIDH ordenó al Estado costarricense no ejecutar la sentencia penal condenatoria, pasada en autoridad de cosa juzgada, que la Sala III de la Corte había dictado contra él, mientras se tramitaba el caso ante su jurisdicción.

29.- Asimismo, conviene señalar que en la solución de los conflictos entre particulares y el Estado está referida específicamente al eventual incumplimiento de nuestro país de las obligaciones asumidas en el Capítulo relativo a las Inversiones. De conformidad con estas disposiciones, el inversionista afectado puede recurrir a los tribunales internos para resolver la controversia o bien acudir a un arbitraje internacional.

30.- Si el inversionista escoge esta última vía, puede recurrir al procedimiento de arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), del cual ya Costa Rica es parte y cuyo tratado se encuentra debidamente aprobado por la Asamblea Legislativa. También el afectado puede iniciar un arbitraje conforme a las reglas modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), que han sido incorporadas en otros acuerdos de inversión que el país ha suscrito.

31.- Recordemos, además, que nuestro propio ordenamiento reconoce a toda persona, nacional o extranjera, el derecho fundamental a someter sus diferencias patrimoniales al instituto del arbitraje, aún en los casos que están pendientes de resolución ante los tribunales de justicia. Esta disposición, en relación con la LGAP y la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos (FAC), autorizan al Estado costarricense para que dirima sus diferencias por vía arbitral con cualquier inversionista nacional o extranjero.

32.- Dentro de este orden de ideas, el artículo 27 de la LGAP señala que el Presidente y el Ministro del ramo pueden someter a arbitraje asuntos de Derecho Privado, previo dictamen favorable de la Procuraduría General de la República. El TLC simplemente elimina este último requisito, lo cual no produce ningún problema de inconstitucionalidad, dado que los tratados tienen rango superior a la ley según el artículo 7 de la CP.

33.- En síntesis, el argumento del arbitraje obligatorio en asuntos de Derecho Privado no hace necesario que el TLC deba ser aprobado por una mayoría calificada, por las razones jurídicas antes indicadas.

B. Que el TLC crea órganos supranacionales

1.- Según este argumento, la Comisión de Libre Comercio, conformada por los distintos Ministros de Comercio Exterior- o su equivalente—de los Estados Partes, es un órgano colegiado supranacional, pues tendrá potestades para interpretar, modificar, controlar y ejecutar sus términos, siendo que sus decisiones se adoptarán por consenso. Sus decisiones son vinculantes para los Estados Partes.

2.- El grado de Protocolo de menor rango, que se les da expresamente a las disposiciones o resoluciones dictadas por la referida Comisión, hace que sus actos no requieran de aprobación legislativa. Inclusive, dicha Comisión puede dictaminar no sólo

sobre aspectos procedimentales, sino también de carácter sustantivo, lo cual no es constitucionalmente posible según el **Voto 3388-99** de la Sala Constitucional, la cual sólo admite los protocolos de menor rango en tratándose de asuntos procedimentales, tales como las modificaciones de plazos de cumplimiento y otras medidas semejantes, siempre y cuando esas modificaciones estén previstas en el tratado principal.

3.- En consecuencia, al transferirse competencias a ese órgano supranacional que de otra forma correspondería ejercer a los órganos constitucionales costarricenses, la aprobación del TLC requiere la mayoría calificada de dos tercios del total de los miembros de la Asamblea Legislativa que exige el segundo párrafo del artículo 121 inciso 4) de la CP.

4.- En el acápite anterior quedó demostrado que el artículo 121 inciso 4) de la CP sólo exige la mayoría calificada cuando concurren dos circunstancias: a) cuando se transfieren competencias a un órgano comunitario y b) que dicha transferencia sea para ejecutar objetivos regionales y comunes. En la especie, si fuere cierto que la citada Comisión es un órgano supranacional—lo cual, desde luego, no lo es como quedará demostrado infra, pero que admitimos sólo para efectos de argumentación—su naturaleza jurídica no incidiría en nada en la mayoría calificada exigida por la precitada norma constitucional para la aprobación de los tratados que transfieren competencias, puesto que **dicha Comisión no es ni un órgano comunitario, ni persigue objetivos regionales y comunes.**

5.- La Comisión es un órgano de supervisión para la implementación del TLC, con responsabilidades muy específicas y en función del cumplimiento de los objetivos del tratado, por lo que no pueden dictar actos más allá de su competencia.

6.- No es cierto que la Comisión de Libre Comercio pueda dictar medidas sustantivas, sino que su competencia es meramente interpretativa y de establecimiento de Reglas Modelo y la modificación del procedimiento de los paneles que ventilarían las controversias. Estos son materias procedimentales netamente, por lo que perfectamente caben dentro del concepto de protocolos de menor rango que ha establecido la jurisprudencia de la Sala Constitucional.

7.- Pero, además, el propio TLC prevé que la implementación de las resoluciones de la Comisión de Libre Comercio se debe realizar conforme a los mecanismos jurídicos internos de cada país, lo cual garantiza de que si dicha Comisión se excede en el ejercicio de sus competencias, la respectiva resolución, para ser válida en nuestro país, tendría que ser aprobada por ley ordinaria y no mediante la promulgación de un decreto ejecutivo.

8.- En efecto, el artículo 19.1.4, en el que se regula la modificación de los términos del Tratado, se establece que éste se implementará conforme a “*los procedimientos jurídicos aplicables*” de cada parte y en el Anexo 19.1.4 se dice : “*En el caso de Costa Rica, las decisiones de la Comisión conforme al artículo 19.1.3 .(b), equivaldrán al instrumento referido en el artículo 121.4, párrafo tercero, (protocolo de menor rango), de la Constitución Política de la República de Costa Rica*”.

9.- La Sala Constitucional examinó una disposición idéntica contenida en el TLC con Canadá. En ese tratado, se dispuso en el Anexo XIII.1.4, que el procedimiento para

tales ajustes, en el caso de Costa Rica, era el dispuesto por el artículo 121.4 párrafo 3o de la Constitución Política.

10.- En el fallo, se reiteró lo ya señalado con ocasión del TLC con Chile, cuyas disposiciones son igualmente análogas. Al respecto, dijo la Sala lo siguiente: *"XV.- Comisión de Libre Comercio. El Capítulo XII del Tratado cuyo proyecto de aprobación está en consulta, dispone la creación de la "Comisión de libre Comercio", integrada por representantes de rango ministerial de los Estados o por las personas a quienes éstos designen. El artículo XIII.1 define las competencias de la Comisión, entre las cuales se encuentran la adopción de interpretaciones vinculantes del Tratado (inciso c) y la modificación, en cumplimiento de los objetivos del Tratado, de la lista de desgravación arancelaria, con el fin de incluir nuevas mercancías en la misma, modificar los plazos allí previstos, etc. El Anexo XIII.1.4, por su parte, dispone que el procedimiento para la implementación de las anteriores competencias es el previsto en el artículo 121 inciso 4) de la Constitución Política. En sentencia número 2000-08404, de las diez horas del veintidós de setiembre de dos mil, esta Sala se pronunció acerca de la constitucionalidad de una comisión con funciones análogas a la ahora analizada, creada en el Tratado de Libre Comercio entre Costa Rica y Chile, en los términos siguientes: "V.- Sobre la Comisión de Libre Comercio: En el artículo 18.01 del Tratado, se establece una Comisión de Libre Comercio que será la encargada de velar por el cumplimiento y la correcta aplicación de las disposiciones de este Tratado; de evaluar los resultados logrados en la aplicación del Tratado; de resolver las controversias que surjan respecto de la interpretación o aplicación del Tratado; de supervisar la labor de los comités establecidos o creados conforme al Tratado y de conocer cualquier otro asunto que pudiese afectar el funcionamiento de ese Tratado. Esta Comisión, señala el artículo, podrá modificar en aras del cumplimiento de los objetivos del Tratado: a) la lista de mercancías de una parte contenida en el anexo 3.04 (Programa de Desgravación Arancelaria) con el objeto de incorporar una o más mercancías excluidas en el Programa de Desgravación Arancelaria; b) los plazos establecidos en el Anexo 3.04 (Programa de Desgravación Arancelaria) a fin de acelerar la desgravación arancelaria; c) las reglas de origen específicas del Anexo 4.03; d) las reglamentaciones uniformes; e) el Anexo 9.01 de sectores o subsectores de servicios con el objeto de incorporar nuevos sectores o subsectores de servicios; f) los anexos I, II y III del Capítulo 11 (Comercio Transfronterizo de Servicios) y la lista de entidades de una Parte contenida en el Anexo 16.01 (Entidades) con el objeto de incorporar una o más entidades al ámbito de aplicación del Capítulo 16 (Contratación Pública). El funcionario de la Comisión, en el caso concreto de Costa Rica, es el Ministro de Comercio Exterior o su sucesor. Ahora bien, en el Anexo 18.01 (4), se establece expresamente que para el caso de Costa Rica, los acuerdos a que lleguen las Partes, equivaldrán al instrumento referido en el artículo 121.4 párrafo tercero de la Constitución Política; instrumento que se ha denominado "Protocolo de Menor Rango". Sobre éste, la Sala ha señalado:*

"Los protocolos de menor rango son aquellos que, sin añadir compromisos o limitaciones sustanciales a la actividad de los estados, desarrollan e incluso modifican normas de mero procedimiento que no inciden sobre la sustancia del tratado. Caso típico de protocolos de menor rango son las modificaciones de plazos de cumplimiento y otras medidas semejantes, siempre y cuando esas modificaciones estén, como se dijo, previstas en el tratado principal" (Sentencia No.03388-98 de las dieciséis horas treinta y nueve minutos del veintiséis de mayo de mil novecientos noventa y ocho). En relación con el caso concreto, estima la Sala que tanto la Comisión de Libre Comercio que está siendo creada en el Tratado bajo estudio, como las potestades que

le han sido otorgadas en el mismo, no son inconstitucionales en la medida en que puedan ser consideradas como protocolos de menor rango en los términos señalados supra, o bien, y en el tanto y en el cuanto mediante el ejercicio de esas potestades, no se estén tomando decisiones sustanciales y de fondo que necesariamente deben ser analizadas por la Asamblea Legislativa de acuerdo con las competencias constitucionales que tiene este Poder de la República. Desde esta perspectiva, no es inconstitucional que el representante de Costa Rica participe y lleve la voz del Gobierno Nacional en los temas relativos al Tratado, siempre y cuando no comprometa al país en decisiones que necesariamente requieren de la aprobación legislativa y por supuesto, del posterior control de constitucionalidad ejercido por la Sala Constitucional."

Además de reiterar lo dicho la sentencia que acaba de ser parcialmente transcrita, este tribunal debe hacer algunas aclaraciones adicionales. En primer término, el hecho de que a las interpretaciones vinculantes, así como a las modificaciones a la lista de desgravación efectuadas por la Comisión, se les reconozca el carácter de protocolos de segundo orden (cuya constitucionalidad ya fue declarada en la sentencia 2000-08404) implica necesariamente, a la luz del Derecho de la Constitución (artículos 7°, 121 inciso 4 y 140 inciso 10 de la Ley Fundamental; artículo 7° de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados), que solamente tendrán ese carácter los acuerdos de la Comisión que hayan sido suscritos por el Presidente de la República, el Ministro de Comercio Exterior, el Ministro de Relaciones Exteriores o un Ministro Plenipotenciario debidamente autorizado por parte del Poder Ejecutivo. Para otras actuaciones de la Comisión, de carácter meramente administrativo, no resulta inconstitucional que las mismas sean adoptadas –en cuanto a la representación de Costa Rica- por cualquier funcionario designado por el Ministro de Comercio Exterior para ello. Por otra parte, cuando el artículo XIII.19 dispone que deben ser sometidos a la Comisión los conflictos referentes a la interpretación del Tratado, cuando ello sea necesario en un proceso jurisdiccional o procedimiento administrativo seguido en el Estado de una Parte, esta Sala entiende que la Comisión no puede conocer del caso sometido a conocimiento de las autoridades competentes, sino tan solo pronunciarse sobre la correcta interpretación que debe ser dada a la disposición del Tratado en cuestión. Según dispone el artículo 152 de la Constitución Política, la función jurisdiccional es exclusiva del Poder Judicial, el cual gozará de independencia funcional (artículo 154), por lo que el ordinal XIII.19 solo puede ser interpretado, de conformidad con el derecho de la constitución, en el sentido de que las competencias allí mencionadas no implican que el Poder Judicial de Costa Rica pueda ser sustituido por la Comisión de Libre Comercio o cualquier otro órgano, en la substanciación y definición de las causas que sean sometidas a su conocimiento.

XVI.- Conclusión. A partir de lo expuesto en los párrafos que anteceden, esta Sala llega a la conclusión de que en ninguno de los aspectos analizados, en la forma como fueron interpretados en esta sentencia, es posible observar vicios formales o sustanciales de inconstitucionalidad, respecto del proyecto de aprobación del "Aprobación del Tratado de Libre Comercio entre Costa Rica y Canadá y sus Anexos", que se tramita en el expediente legislativo número 14.604" (Voto 8190- 2002).

9.- En consecuencia, este argumento tampoco es válido para justificar la aplicación al TLC el requisito de aprobación calificada que señala el párrafo segundo del artículo 121 inciso 4) CP, ya que el Comité de Libre Comercio no es un órgano comunitario que cumple objetivos regionales y comunes ni dentro de su competencia está incluida tampoco la facultad de dictar disposiciones sustantivas, sino meramente procedimentales.

C. Supeditación de la voluntad estatal a la decisión de otros Estados partes

1.- Sostienen quienes invocan este motivo para exigir la mayoría calificada de dos tercios para aprobar el TLC, que la denuncia de éste no surte efectos si las otras partes no lo aceptan, lo cual implica subordinación del Estado costarricense a la voluntad decisional de otros Estados, lo que convierte a éstos en una **unión supranacional que limita la voluntad de nuestro Estado y, por ende, su soberanía.**

2.- Por lo tanto, estamos en presencia de la transferencia de potestades soberanas del Estado a favor de un órgano supranacional.

3.- En primer lugar, la supuesta **Unión de Estados** no existe como órgano internacional, pues no está creado expresamente por ninguna cláusula del TLC. Un principio elemental del Derecho Internacional establece que los sujetos del Derecho Internacional son los Estados y los organismos internacionales, creados por voluntad expresa de las partes mediante tratados internacionales, los cuales están dotados de personalidad jurídica.

4.- La supuesta Unión de Estados es una elucubración mental de algunos abogados costarricenses, pero que carece toda positividad en el TLC. Por tal razón, este argumento es desechable desde sus orígenes por no existir dicho órgano dentro del texto del tratado.

5.- Por otra parte la eventual transferencia de potestades del Estado a favor de terceros órganos no implica **per se** que el tratado deba ser aprobado por la mayoría calificada establecida en el segundo párrafo del artículo 121 inciso 4) de la CP.

6.- Como quedó demostrado supra, tal mayoría calificada sólo es posible cuando la transferencia de competencias se dé en favor de un órgano comunitario, según la precisa definición doctrinaria y jurisprudencial indicada en el acápite anterior, y para la realización de objetivos regionales y comunes. Cualesquier otro traslado de competencias que realice un tratado, salvo la prevista en el artículo 7 de la CP ya analizado, es válido si el respectivo instrumento internacional es aprobado por la mayoría absoluta establecida en el numeral 119 de la CP.

7.- Pero, además, como se indicó en el primer acápite no hay que confundir el procedimiento de aprobación de un tratado, que es un asunto meramente procedimental y que se rige por reglas específicas, con las posibles inconstitucionalidades de las cláusulas del tratado. El hecho de que el tratado tenga cláusulas inconstitucionales no obliga a que el tratado sea aprobado por una mayoría calificada, salvo que se den las hipótesis específicas contempladas en los artículos 7 y 121 inciso 4), párrafo segundo de la CP.

8.- En conclusión, esta objeción no es tampoco de recibo, primero porque la supuesta Unión de Estados no es un órgano creado por el Tratado y, segundo, porque no estamos en presencia del traspaso de competencias señalado en los artículos 7 y 121 inciso 4) párrafo segundo de la CP.

D. Que el TLC introduce limitaciones a la propiedad privada

1.- Este argumento se basa en que el TLC no menciona la expropiación en casos de emergencia, además de que la existencia de un régimen expreso de expropiaciones para las inversiones implica el establecimiento de limitaciones a la propiedad.

2.- El TLC permite expropiaciones o nacionalizaciones de las inversiones, que son una modalidad de la propiedad privada, por motivos de utilidad pública, lo que no excluye el interés social.

3.- En primer término, la eventual expropiación de inversiones está cobijada dentro de la normativa del artículo 45 de la CP, pues esa disposición constitucional engloba todos los tipos posibles de propiedad. En efecto, el concepto de propiedad en la precitada norma constitucional incluye no sólo a los bienes de consumo o de uso, sino también a los reproductivos, es decir, en general, la propiedad como medio de producción, salvo las excepciones de propiedades públicas establecidas en la misma Constitución.

4.- Dentro de este orden de ideas, la jurisprudencia de la Sala Constitucional ha definido el derecho a la propiedad como 'el derecho de poseer exclusivamente una cosa y gozar de ella, sin más limitaciones que las establecidas en la ley y el propietario, y conceptualizándose como facultades de uso., goce y disfrute del bien **(Voto 3617- 94)**.

5.- Por consiguiente, si el TLC no se refiere a la expropiación en casos de emergencia, es claro que de llegarse a producir esta hipótesis, se aplicaría lo estipulado en el artículo 45 de la CP, dado que el TLC no excluye su aplicación a los particulares, sino que más bien lo complementa. Es decir, el TLC otorga garantías adicionales a los inversionistas a las contempladas en la norma constitucional, lo cual no implica jurídicamente limitación alguna al derecho a la propiedad, sino más bien, por el contrario, su reforzamiento.

6.- Este argumento confunde dos instituciones jurídicas diferentes: la expropiación con las limitaciones a la propiedad por razones de necesidad pública. El artículo 45 constitucional distingue perfectamente ambas instituciones, pues le dedica dos párrafos separados. La expropiación es la transferencia coactiva de un bien del dominio privado al público. Como el titular del derecho de propiedad pierde su derecho, el ordenamiento le garantiza una indemnización equitativa.

7.- En cambio, en el caso de las limitaciones a la propiedad, el propietario sigue siendo el dueño del bien o titular del derecho objeto de la propiedad, pero algunas de las facultades que conforman el contenido esencial de su derecho, se ven restringidas en algún grado. Por ejemplo, los propietarios de terrenos en zonas protectoras, no pueden enajenar ni gravar en ninguna forma sus propiedades.

8.- Por otra parte se hace una lamentable confusión entre utilidad pública e interés social, indicando que el primer concepto incluye también al primero. El concepto de utilidad pública es sinónimo del de interés público que utiliza el artículo 45 en materia de expropiaciones. Desde este punto de vista existe una completa armonía entre los motivos de expropiación contenidos en la Constitución y en el TLC, puesto que ambos son los mismos, es decir, razones de interés público o si se prefiere de pública utilidad.

9.- En materia de limitaciones a la propiedad, en cambio, nuestro constituyente utilizó dos vocablos diferentes: **necesidad pública e interés social**. En esta hipótesis las limitaciones deben justificarse en casos de necesidad pública, pero sólo pueden establecerse limitaciones de interés social.

10.- La jurisprudencia de la Corte Plena, cuando actuaba como máximo intérprete de nuestra Constitución, había señalado que el vocablo **interés social** debía entenderse como referido a los problemas de las clases sociales, acentuadamente las de menores recursos, y con las medidas que deben adoptarse para mejorar las condiciones económicas de esas clases (**Voto del 25 de marzo de 1983**).

11.- Por consiguiente, el concepto de utilidad pública no engloba al de interés social, porque este último tiene un contenido específico. Es decir, las razones de interés público o de utilidad pública que pueden justificar una expropiación, como por ejemplo para la construcción de una carretera nacional, no son valederas para establecerle limitaciones a esa misma propiedad, pues no se trata de **motivos de interés social**. En cambio si las limitaciones a la propiedad se introducen para la construcción de un complejo habitacional., en tal hipótesis la limitación sería válida.

12.- En síntesis, esta objeción no es tampoco de recibo, pues el TLC no introduce ninguna limitación a la propiedad privada, sino que tan sólo contempla una modalidad de eventual expropiación de inversiones, lo cual se rige por el instituto de la expropiación. Los motivos para nacionalizar (expropiar) inversiones contempladas en el TLC son los mismos previstos en el artículo 45 constitucional, aunque con diversos vocablos: utilidad pública en el primero e interés público en el texto constitucional.

IV. La mayoría exigida constitucionalmente para la aprobación del TLC

1.- Desechados los argumentos de que la aprobación del TLC requiere una mayoría de 43 votos según algunos abogados y de 38 según otros por ser jurídicamente falaces e inconsistentes, conviene analizar en seguida la normativa que regula la materia.

2.- El artículo 119 CP establece el principio general, en materia de aprobaciones legislativas, que “Las resoluciones de la Asamblea se toman por mayoría absoluta de votos presentes, excepto en los casos en que esta Constitución exija una votación mayor”.

3.- El numeral 121 inciso 4) de la Carta Política señala que “Además de las otras atribuciones que le confiere esta Constitución, corresponde exclusivamente a la Asamblea Legislativa: 1)...2)...3)...4) Aprobar o improbar los convenios internacionales, tratados públicos y concordatos.

Los tratados públicos y convenios internacionales, que atribuyan o transfieran determinadas competencias a un ordenamiento jurídico comunitario, con el propósito de realizar objetivos regionales y comunes, requerirán la aprobación de la Asamblea Legislativa, por votación no menor de las dos terceras partes de la totalidad de sus miembros...”.

4.- En efecto, el TLC con Estados Unidos es un tratado multilateral de comercio que incluye a países que no forman parte del Mercado Común Centroamericano, por lo que no persigue la realización de objetivos regionales y comunes. Simplemente se limita a

regular las relaciones de libre intercambio comercial entre los Estados Unidos y los diferentes países signatarios sin perseguir objetivos regionales ni comunes, lo que se demuestra fácilmente por el hecho de que, en determinadas materias, existen regulaciones diferentes con cada país firmante.

5.- Dicho tratado no crea ningún ordenamiento comunitario, por lo que es jurídicamente imposible que traslade competencias a un órgano comunitario para la realización de objetivos regionales y comunes, dado que ese tratado no crea órganos comunitarios, sino tan sólo supranacionales.

6.- Dado que el TLC no transfiere competencias a ningún órgano comunitario para la realización de objetivos regionales y comunes, como quedó demostrado en los acápites anteriores, su aprobación requiere la mayoría absoluta de los diputados presentes a la hora de su votación, es decir, la mitad más uno de los presentes.